

# VU Research Portal

## Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?

Huizink, J.B.

### ***published in***

Onderneming en financiering  
2009

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Huizink, J. B. (2009). Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat? *Onderneming en financiering*, 1, 100-113.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?

J.B. Huizink

## 1 Inleiding

Bij de verdediging van haar proefschrift *Aansprakelijkheid van leidinggevend*<sup>1</sup> in de fraaie aula van het Groningse Academieggebouw werd mevr. De Valk geconfronteerd met een interessante vraag van prof. mr. J.B. Wezeman. De vraag had betrekking op de verschillende wettelijke grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid. Meer specifiek was de vraag of de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor aansprakelijkheid op grond van de belangrijkste wettelijke grondslagen duiden op een verschillende aansprakelijkheidsmaatstaf of dat veeleer gezegd moet worden dat de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid eigenlijk op een en dezelfde leest geschoeid zijn. Uit de beantwoording van de vraag gedurende de promotieplechtigheid is mij vooral bijgebleven dat de promovenda vond dat het bij de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid uiteindelijk en in laatste instantie toch om verschillende normcomplexen gaat. En voorts dat zulks als een goede zaak beschouwd moet worden, omdat de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid bepaald verschillende achtergronden hebben, hetgeen in de uiteindelijk door de rechter te hanteren aansprakelijkheidsmaatstaf tot uiting dient te komen. Ik heb hierover zo mijn aarzelingen en wil in deze bijdrage onderzoeken of de belangrijkste vormen van bestuurdersaansprakelijkheid niet op dezelfde manier zouden moeten worden ingevuld. Dat heeft niet alleen het voordeel dat het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid aanmerkelijk aan eenvoud zal winnen, maar is, zo hoop ik hierna uiteen te kunnen zetten, ook van groot belang voor de juridische positie van bestuurders van vennootschappen ingeval zij door derden worden aangesproken tot vergoeding van schade die zou zijn veroorzaakt door beweerdelijk onbehoorlijke taakuitoefening.

## 2 Drie vormen van bestuurdersaansprakelijkheid

De belangrijkste vormen van bestuurdersaansprakelijkheid in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht zijn de interne aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW, de faillissementsaansprakelijkheid op grond van de WBF (zie voetnoot 8) voor het tekort van de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:138(248) BW en de externe aansprakelijkheid tegenover crediteuren van de vennootschap op grond van onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW.<sup>2</sup> Over elk van die vormen van aansprakelijkheid een paar woorden.

1 Aansprakelijkheid van leidinggevend (diss. Groningen), dl. 63 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 2009.

2 Vanzelfsprekend kan een bestuurder behalve op grond van art. 2:9 BW eveneens tegenover de vennootschap aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW.

## 2.1 Artikel 2:9 BW

Op grond van artikel 2:9 BW zijn bestuurders tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hun opgedragen taak. Erg opzienbarend is dat niet, ik zou menen dat zulks ook had gegolden als artikel 2:9 BW niet in Boek 2 BW was opgenomen. Veel belangrijker is de invulling van deze open norm. Een tekortkoming in de taakvervulling kan leiden tot aansprakelijkheid. Uit de jurisprudentie, die vooral betrekking heeft op aansprakelijkheid van bestuurders van bv's, doemt het beeld op dat aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW niet snel mag worden aangenomen. Er is duidelijk een verschil tussen bestuurders*verantwoordelijkheid* en bestuurders*aansprakelijkheid*. Voor aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurders van het onbehoorlijk bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>3</sup> Of dat het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval. De bewijslast van het tekortschieten van de bestuurders en de ernstige verwijtbaarheid daarvan rust op de rechtspersoon. Indien het bestuur uit verschillende personen bestaat, moet artikel 2:9 BW naar mijn mening zo worden uitgelegd dat ten aanzien van het bestuur als college de onbehoorlijkheid van het bestuur, alsmede de ernstige verwijtbaarheid daarvan bewezen moeten worden. Daarmee staat in beginsel de hoofdelijke aansprakelijkheid van de individuele bestuurders voor de ontstane schade vast, zij het dat zij zich kunnen disculperen op de grond dat de onjuiste gang van zaken niet aan hen te wijten is en zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. In deze opvatting zijn we verlost van het verwarrende en rechtsonzekerheid veroorzakende begrip 'werkkring' in artikel 2:9 BW en sluit de regeling systematisch aan bij de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 (248) BW en de daarmee corresponderende bepalingen voor de andere rechtspersonen.<sup>4</sup>

De strenge maatstaf die de Hoge Raad in 1997 introduceerde voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid kwam niet onverwacht. Gesalarieerde bestuurders van vennootschappen worden tevens als werknemer van de vennootschap aangemerkt. Ten aanzien van werknemers was al veel eerder uitgemaakt dat zij eerst aansprakelijk zijn tegenover de werkgever voor schade tengevolge van fouten in hun taakuitoefening in geval van ernstige verwijtbaarheid. Die – oudere – rechtspraak is gecodificeerd in artikel 7:661 BW, met als maatstaf opzet of bewuste roekeloosheid. In dit verband wijs ik op een arrest van de Hoge Raad uit 1999 waarbij een vennootschapsbestuurder door de vennootschap aansprakelijk werd gesteld voor schade die volgens de vennootschap was veroorzaakt door tekortkomingen in zijn taakuitoefening als bestuurder en als werknemer.<sup>5</sup> In de praktijk zal er weinig licht bestaan tussen enerzijds ernstige verwijtbaarheid en anderzijds opzet of bewuste roekeloosheid en daarmee tussen bestuurdersaansprakelijkheid en werknemersaansprakelijkheid. Een verschil is dat ten aanzien van werknemersaansprakelijkheid niet het in het rechtspersonenrecht geldende beginsel van collegiale bestuursver-

3 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van der Ven).

4 Hier wordt intussen wel anders over gedacht. Zie voor een verdere uitwerking mijn commentaar in *Rechtspersonen* (losbl.) art. 9, aant. 5, 6 en 7, alwaar ook andere opvattingen worden besproken.

5 HR 10 december 1999, NJ 2000, 6.

antwoordelijkheid speelt. Bij werknemers moet ten aanzien van elke werknemer afzonderlijk bewezen worden dat aan de zware aansprakelijkheidsmaatstaf is voldaan.

Van groot belang voor de invulling van artikel 2:9 BW is een arrest van de Hoge Raad uit 2002.<sup>6</sup> In de aan dit arrest ten grondslag liggende casuspositie ging het om een bv. De bestuurder van de bv had namens de vennootschap een transactie gesteld zonder de statutair vereiste goedkeuring of machtiging van de raad van commissarissen. De transactie bleek uiterst nadelig, waarop de vennootschap de bestuurder voor de door haar geleden schade op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk stelde. Volgens de Hoge Raad vormt het handelen van de bestuurder in strijd met een statutaire bepaling een omstandigheid die maakt dat er in beginsel sprake is van voor aansprakelijkheid van het bestuur vereiste ernstige verwijtbaarheid. Men kan dit zien als een bewijsvermoeden dat de bestuurder kan ontkrachten door aannemelijk te maken dat het negeren van de statutaire voorschriften in het belang van de rechtspersoon geboden was. De Hoge Raad houdt in dit verband een slag om de arm door aan de overweging toe te voegen dat het moet gaan om statutaire bepalingen die beogen de rechtspersoon te beschermen. Ik denk dat het in veel gevallen niet moeilijk zal zijn dat laatste aan statutaire bepalingen toe te dichtten.

De norm die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor statutaire bepalingen geldt, zou ik menen, *a fortiori* voor wettelijke voorschriften die beogen de rechtspersoon te beschermen. In dat verband kan men aan allerlei wettelijke voorschriften denken, zoals de regels van kapitaalbeschermingsrecht (met name het verbod op zelffinanciering), maar ook aan artikel 2:141 (251) lid 2 BW<sup>7</sup> of aan artikel 2:146 (256) BW over tegenstrijdig belang.

## 2.2 Artikel 2:138(248) BW

Deze belangrijke vorm van bestuurdersaansprakelijkheid is een onderdeel van de zogenoemde antimisbruikwetgeving uit de jaren tachtig van de vorige eeuw. Deze wetgeving beoogde het misbruik van nv's en bv's tegen te gaan, onder meer door het creëren van een speciale vorm van bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement.<sup>8</sup> De regeling is van overeenkomstige toepassing op verenigingen die aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen<sup>9</sup> (en daarmee op coöperaties en op onderlinge waarborgmaatschappijen) en op vennootschapsbelastingplichtige stichtingen, artikel 2:50a BW en artikel 2:300a BW. De kern van de regeling is vervat in artikel 2:138 (248) BW. In geval van faillissement van een nv of bv is iedere bestuurder tegenover de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het

6 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer papierfabriek).

7 Zie mijn Forumbijdrage in TvI 2006, p. 1 e.v.

8 In de praktijk spreekt men wel van de derde misbruikwet of van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement ofwel de WBF. De andere twee misbruikwetten hebben betrekking op ketenaansprakelijkheid bij onderaanneming van werk en op aansprakelijkheid van bestuurders voor niet-betaalde premies sociale verzekeringen, omzetbelasting en loonbelasting. Zie uitgebreid J.B. Weze-man, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), dl. 29 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 1998.

9 Zie Dijk-Van der Ploeg (2007), p. 221.

bedrag van de schulden voor zover deze niet uit het faillissement kunnen worden voldaan, indien 1) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en 2) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aan beide vereisten moet zijn voldaan, willen de bestuurders aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van de rechtspersoon. 'Kennelijk onbehoorlijk bestuur', aldus artikel 2:138 (248) lid 1 BW. Dat is opnieuw een zware maatstaf. Volgens de Hoge Raad is van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake als 'geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben'.<sup>10</sup> Evenals artikel 2:9 BW gaat ook artikel 2:138 (248) lid 1 BW uit van een collectieve of collegiale verantwoordelijkheid, welke zich manifesteert in een hoofdelijke ('iedere bestuurder') aansprakelijkheid. Krachtens het derde lid van artikel 2:138 (248) BW kunnen individuele bestuurders zich disculperen door te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, waarmee deze disculpatiemogelijkheid geheel in de lijn van artikel 2:9 BW ligt. Op de curator rust de bewijslast van het kennelijk onbehoorlijk bestuur en van het causaal verband met het faillissement. Het is in de meeste gevallen geen eenvoudige zaak om aan die bewijslast te voldoen. Daarom komt het tweede lid van artikel 2:138 (248) BW de curator in belangrijke mate tegemoet. In die tegemoetkoming herkent men het antimisbruikarakter van de regel. Wanneer 1) het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW of 2) de jaarrekening niet is gepubliceerd volgens de daarvoor in artikel 2:394 BW geldende regels, staat vast dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat bestuurlijk tekortschieten een belangrijke oorzaak van het faillissement van de rechtspersoon is geweest. Schending van de publicatie- of administratieverplichtingen betekent dat er rechtens sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarmee een belangrijke bewijsrechtelijke hobbel op de weg naar aansprakelijkheid door de curator is genomen. De bestuurders kunnen hier niet onderuit.<sup>11</sup> Om aan aansprakelijkheid ex artikel 2:138 (248) BW te ontkomen, zullen de bestuurders het vermoeden dat het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement moeten weerleggen. Dat lukt niet door aan te voeren dat het niet publiceren van de jaarrekening of het niet op orde zijn van de administratie als zodanig niets met het faillissement te maken heeft. De bestuurders zullen aannemelijk moeten maken dat het faillissement is veroorzaakt door andere factoren, waarbij men kan denken aan conjuncturele omstandigheden, het wegvallen van belangrijke afnemers en dergelijke. De praktijk laat zien dat het niet eenvoudig is het vermoeden te weerleggen.<sup>12</sup> Dat het schenden van de administratieplicht zulke zware gevolgen heeft, is begrijpelijk: als de administratie ontbreekt, is het voor faillissementscuratoren moeilijk om na te gaan of er voorafgaande aan het faillissement ongerechtigheden zijn geschied, welke zouden kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Ten aanzien van de publicatieplicht is dat verband veel verder verwijderd en van

10 HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (Panmo Produktie BV).

11 Zie HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 m.nt. Ma; AA 1990, p. 95 e.v. m.nt. M.J.C.G. Raaijmakers (Kobo BV).

12 Zie Rechtspersonen (losbl.) art. 138, aant. 14.

verschillende zijden wordt bepleit om artikel 2:394 BW in het tweede lid van artikel 2:138 (248) BW te schrappen.<sup>13</sup>

Over het rechtskarakter van de vordering ex artikel 2:138 (248) BW wordt verschillend gedacht. Gaat het hier om een vorm van interne aansprakelijkheid of betreft het een vorm van externe aansprakelijkheid? De meeste auteurs,<sup>14</sup> waar ik mij bij aansluit, beschouwen de WBF-aansprakelijkheid als een vorm van externe aansprakelijkheid. Dus geen aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon, maar jegens de crediteuren in het faillissement van de rechtspersoon ten behoeve van wie de curator de vordering instelt. Vóór die opvatting pleit onder meer dat de aansprakelijkheid niet leidt tot schadevergoeding aan de vennootschap, maar tot aanvulling van het faillissementstekort. De aandeelhouders van de vennootschap hebben daardoor niets aan artikel 2:138 (248) BW. Een ander argument is dat decharge niet aan het instellen van de vordering ex artikel 2:138 (248) BW in de weg staat, zoals het zesde lid van die bepaling in mijn opvatting ten overvloede bepaalt. De decharge wordt immers verleend door de rechtspersoon en niet door de crediteuren van de rechtspersoon. Het moge duidelijk zijn dat het aan artikel 2:138 (248) BW toegedichte rechtskarakter van invloed kan zijn op de aansprakelijkheidsmaatstaf. Indien het om een interne vorm van aansprakelijkheid zou gaan, zou de door de Hoge Raad gegeven uitleg van artikel 2:9 BW rechtstreeks 'losgelaten' kunnen worden op het criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur en zou de jurisprudentie op artikel 2:138 (248) BW omgekeerd mede de aansprakelijkheid van bestuurders ex artikel 2:9 BW bepalen. Als het echter om een externe aansprakelijkheidsvorm zou gaan, ligt deze nauwe correlatie wat de aansprakelijkheidsmaatstaf betreft tussen artikel 2:9 BW en de WBF-aansprakelijkheid wellicht minder voor de hand.

### 2.3 Artikel 6:162 BW

Bestuurders van rechtspersonen kunnen in de uitoefening van hun bestuurstaak schade veroorzaken. Dat kan behalve een onrechtmatige daad tegenover de rechtspersoon zelf, die zich veelal zal oplossen in een aansprakelijkheid uit artikel 2:9 BW, een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad tegenover derden, zoals crediteuren van de rechtspersoon, opleveren. In de praktijk zal op een dergelijke aansprakelijkheid van bestuurders uit onrechtmatige daad vooral een beroep worden gedaan als de rechtspersoon zelf onvoldoende verhaal biedt. Een standaarduitspraak is het bekende Beklamel-arrest.<sup>15</sup> Wanneer een bestuurder namens de rechtspersoon een overeenkomst met een derde aangaat en hij weet of behoort te weten dat de rechtspersoon de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet kan nakomen en dat de rechtspersoon ook overigens geen verhaal zal bie-

13 Zie bijvoorbeeld B.J. de Jong, M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening, dl. 91 Serie uitgaven vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2006, p. 118. Zie verder J.B. Huizink, De jaarrekening en de 'kleine onderneming', Tijdschrift voor jaarrekeningenrecht, 2008/6, p. 128 e.v.

14 Een afwijkende opvatting treft men in Nijmegen, zie reeds Kortmann en Faber, De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?, in: De curator, een octopus, Deventer: Kluwer 1996, p. 139 e.v.

15 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 m.nt. Ma (Beklamel).

den, handelt de bestuurder onrechtmatig en zal hij aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de door de derde geleden schade. Vergelijk ook artikel 2:93 (203) lid 3 BW over bekrachtiging van handelingen die werden verricht namens de vennootschap in oprichting. De derde zal een en ander wel in rechte moeten stellen en zonodig bewijzen, hetgeen vooral bij vennootschappen met één aandeelhouder/bestuurder vaak niet eenvoudig zal zijn. Daarom is er wel voor gepleit om bij eenpersoonsvennootschappen de bewijslast om te keren, in die zin dat de bestuurder moet aantonen dat het aangaan van de transactie geleet op de vermogenspositie van de vennootschap verantwoord was. Het arrest Van Waning/Van der Vliet<sup>16</sup> is wel gezien als een stap in die richting, maar in het arrest Romme/Bakker<sup>17</sup> maakt de Hoge Raad duidelijk dat de bewijslast in beginsel op de gedupeerde crediteur rust. Het arrest Van Waning/Van der Vliet is vooral interessant, omdat daarin een beroep op een onrechtmatige daad bestaande uit betalingsonwil van de bestuurder werd gehonoreerd. De stelling van de gedupeerde crediteur – een ex-werknemer met wie de arbeidsovereenkomst was ontbonden en aan wie in dat kader een vergoeding was toegekend – was dat de bestuurder alle crediteuren had voldaan behalve hem, hetgeen getuigt van betalingsonwil en een onrechtmatige daad oplevert. Ik zou menen dat de notie betalingsonwil te kort door de bocht is en dat de bestuurder in de zaak Van Waning/Van der Vliet in de kern wordt verweten dat de vennootschap onvoldoende verhaal voor de vordering van de ex-werknemer bood en dat de bestuurder dat had moeten voorkomen of bij de ontbindingsprocedure had moeten melden. Niettemin worden er tal van aansprakelijkheidsprocedures tegen bestuurders op basis van betalingsonwil gevoerd.<sup>18</sup> In het verlengde van de betalingsonwil ligt de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen wegens selectieve betaling.<sup>19</sup> Een voorbeeld daarvan is de beslissing van het Hof Leeuwarden in de zaak van de Stichting Opera Groningen. De door de stichting georganiseerde uitvoering van een openluchtopera op de Grote Markt in Groningen liep uit op een financieel debacle. Sponsors werden alsnog tot extra dekking bewogen en alle crediteuren werden betaald, behalve de ontwerper van de decors: onrechtmatige daad van het stichtingsbestuur dat zich in de ogen van het hof schuldig had gemaakt aan selectieve betaling. Ik zou menen dat op dit punt grote terughoudendheid geboden is en dat er alleen ruimte is voor aansprakelijkheid van bestuurders op grond van selectieve betaling indien er geen rechtens te respecteren belang meer is om de activiteiten van de rechtspersoon – vaak: de onderneming – voort te zetten en alsnog proberen te redden. In alle andere gevallen moet geprobeerd worden – in het belang van alle betrokkenen, waaronder niet in de laatste plaats de crediteuren – om de onderneming alsnog op de rails te krijgen. Lukt dat niet, dan behoort dat tot het ondernemingsrisico dat in beginsel door de aandeelhouders en bestuurders op de vennootschap moet kunnen worden afgewenteld.<sup>20</sup>

16 HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 m.nt. Ma (Van Waning/Van der Vliet).

17 HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 m.nt. Ma (Romme/Bakker).

18 Zie Rechtspersonen (losbl.), art. 2, aant. 14 e.v.

19 Zie TvI 2002, p. 167 e.v.

20 Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 augustus 2001, JOR 2001/212. Zie ook Kredietruimte en bestuurdersaansprakelijkheid, in: Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, dl. 25 Serie Onderneming en recht, Deventer: Kluwer 2003, p. 445 e.v.



Intussen vormen de Beklamel-gevallen slechts een (weliswaar belangrijk) gedeelte van de casusposities waarin bestuurders op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk gehouden worden tegenover crediteuren van de rechtspersoon.<sup>21</sup> Dat zijn vaak gevallen waarin de Beklamel-norm niet kan worden toegepast, bijvoorbeeld wanneer door toedoen van een bestuurder die vennootschap contractuele verplichtingen niet naleeft. De wederpartij van de vennootschap kan daardoor schade leiden. Normaliter zal die schade uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming door de wederpartij op de vennootschap verhaald kunnen worden, artikel 6:277 BW. Als de vennootschap evenwel geen verhaal biedt, leidt het spoor opnieuw naar de bestuurder die heeft bewerkstelligd dat de vennootschap zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. Volgens de Hoge Raad zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of aan de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt te maken valt teneinde hem aansprakelijk te kunnen houden voor de schade van de contractuele wederpartij van de vennootschap.<sup>22</sup> In het in voetnoot 22 genoemde arrest Driespan overwoog de Hoge Raad terecht dat het in die zaak niet om een Beklamel-situatie ging en formuleerde vervolgens een algemeen geldende maatstaf voor aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen die in de onbehoorlijke vervulling van hun bestuurstaak derden – vaak contractuele wederpartijen van de rechtspersoon – schade berokkenen. Ook in dergelijke gevallen kan er sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen op grond van onrechtmatig handelen, maar zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden. Dit ‘persoonlijk voldoende ernstig verwijt’ is inmiddels constante jurisprudentie en is de basismaatstaf voor de beoordeling van de vraag of bestuurders van rechtspersonen ex artikel 6:162 BW extern aansprakelijk zijn.

Het voorgaande betekent dat het zeer de vraag is of codificatie van de Beklamel-norm zoals wordt voorgesteld door de commissie-Kortmann in het Voorontwerp Insolventiewet wenselijk is. Ik heb dienaangaande enige aarzelingen. Ik zou menen dat het Driespan-arrest, ofschoon ruim tien jaar na het Beklamel-arrest gewezen, het basisarrest vormt voor de beoordeling van de externe bestuurdersaansprakelijkheid. De in het Driespan-arrest geformuleerde norm voegt op zichzelf echter weinig toe aan artikel 6:162 BW, zodat codificatie van dat arrest voor bestuurders van rechtspersonen weinig zinvol is. Het Beklamel-arrest zou ik vervolgens willen beschouwen als een concretisering van de in het Driespan-arrest voor aansprakelijkheid vereiste persoonlijke voldoende ernstige verwijtbaarheid, voor de gevallen waarin een bestuurder namens de rechtspersoon een overeenkomst aangaat, terwijl de rechtspersoon niet kan voldoen aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Als men dit onderschrijft, is het zeer de vraag of de Beklamel-norm wel moet worden gecodificeerd. Dat doen we met andere concretisering van de in artikel 6:162 BW vervatte ruime aansprakelijkheidsmaatstaf immers ook niet. Anders gezegd: als de Beklamel-norm zou worden gecodificeerd, zou men wel meer voorschriften in Boek

21 Zie voor een overzicht van vooral ook lagere rechtspraak Rechtspersonen (losbl.), art. 9, aant. 14b.

22 HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 m.nt. Ma (Driespan).



2 BW kunnen opnemen, waarvan overtreding leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>23</sup>

### 3 Een pot nat?

De vraag wordt dus of de ernstige verwijtbaarheid van artikel 2:9 BW, het handelen zoals geen redelijk handelend bestuurder zou hebben gehandeld van artikel 2:138 (248) BW en het persoonlijk voldoende ernstige verwijt van artikel 6:162 BW – nogmaals, drie formuleringen uit kernarresten van de Hoge Raad – op verschillende aansprakelijkheidsmaatstaven duiden. Het proefschrift van De Valk, een *fund-grube* voor de verschillende opvattingen in literatuur en rechtspraak, geeft geen duidelijk antwoord op de vraag. Dat valt haar niet te verwijten, nu zij in haar intern-rechtsvergelijkende studie over aansprakelijkheid van leidinggevend in het publiekrecht, het strafrecht en het bestuursrecht wat het rechtspersonen- en vennootschapsrecht betreft zich vooral heeft gefocust op de externe aansprakelijkheid. De Valk vermeldt wel de hierna te bespreken NOM-beslissing<sup>24</sup> van de Hoge Raad, maar besteedt geen aandacht aan de aan het arrest van de Hoge Raad ten grondslag liggende beslissing van het Hof Leeuwarden, waarin de vraag naar de verhouding tussen de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW enerzijds en artikel 6:162 BW anderzijds veel duidelijker aan de orde was. Op pagina 223 e.v. van haar studie bespreekt De Valk de vraag of ‘er een verschil bestaat tussen de normen van artikel 2:9 BW en die van artikel 2:248 (138) BW, in die zin dat de ene norm strenger is dan de andere?’

De verschillende opvattingen in de literatuur worden besproken, waarna de vraagstelling lijkt over te lopen naar de verhouding tussen de aansprakelijkheidsgrondslagen van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De Valk worstelt duidelijk met de vraag. Ik meen uit het betoog te kunnen opmaken dat De Valk van mening is dat de aansprakelijkheidsmaatstaf voor artikel 2:9 BW enerzijds en artikel 6:162 BW anderzijds dezelfde functie vervullen. En dan: ‘Daarentegen ligt ernstige verwijtbaarheid als gezegd bij aansprakelijkheid uit artikel 2:248 (138) BW reeds besloten in het schenden van de (wettelijke) norm van kennelijk onbehoorlijk bestuur; een extra (schuld)eis hoeft niet te worden gesteld.’<sup>25</sup> Waarentegen?, zo vroeg ik mij bij lezing af.

### 4 De NOM-zaak

Een eyeopener ten aanzien van de voorliggende vraag was voor mij het arrest van het Hof Leeuwarden in de zaak welke heeft geleid tot HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 m.nt. Borrius. Het arrest van het Hof Leeuwarden is gepubliceerd in JOR 2006/148 met een annotatie van Groffen. Ik schets kort en noodzakelijk te onvol-

23 Zie Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 14b.

24 Diss. De Valk, p. 30 en p. 226/227.

25 Diss. De Valk, p. 227/228.

ledig de aan het geschil ten grondslag liggende casuspositie. Willemsen is (indirect) bestuurder van Willemsen Holding, in welke vennootschap voor 49,9 % wordt geparticipeerd door de NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij NV. In de statuten van de vennootschap staat dat voor aangifte van faillissement en het aanvragen van surseance van betaling de goedkeuring van de algemene vergadering is vereist. Na een mislukte financieringspoging besluit Willemsen surseance van betaling voor de vennootschap aan te vragen, die vervolgens door de rechtbank werd verleend (later omgezet in een faillissement van de vennootschap). Het besluit om surseance van betaling aan te vragen, is niet ter goedkeuring aan de aandeelhoudersvergadering voorgelegd. Daarop heeft de NOM Willemsen tot schadevergoeding aangesproken. Grondslag: onrechtmatige daad, hieruit bestaande dat zonder raadpleging van de NOM surseance van betaling voor de vennootschap is aangevraagd. De bestuurder verweerde zich met de stelling dat hij weliswaar verplichtingen welke hij jegens de NOM had niet was nagekomen, maar dat zulks niet kon leiden tot de verplichting om schade te vergoeden, omdat er volgens hem geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid. Volgens de NOM diende dat verweer gepasseerd te worden, omdat de maatstaf ernstige verwijtbaarheid een door de Hoge Raad ingegeven invulling voor de interne aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW was en dat de NOM zich daar niets aan gelegen behoefde te laten liggen. Zij ageerde immers op basis van artikel 6:162 BW en wanneer iemand door onrechtmatig handelen van een bestuurder schade heeft geleden, is voor schadevergoeding voldoende dat aan alle elementen van artikel 6:162 BW is voldaan. Met een door de jurisprudentie van de Hoge Raad zeer mild intern schaderegime van artikel 2:9 BW heeft de NOM als buitenstaander, als derde, niets te maken. Althans, zulks zou niet tegen de buitenstaander of derde moeten kunnen worden ingeroepen. Nu was de NOM natuurlijk geen gewone buitenstaander of derde, maar een bijna 50% aandeelhouder. Het aardige van het arrest van het hof is evenwel dat het in de beslissing daaraan voorbijgaat, waarmee de beslissing een algemene regel lijkt te formuleren die voor de vergelijking van de interne aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW en de externe aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW van belang is. Die regel luidt dat de buitenstaander of derde niet tegen de hoge aansprakelijkheidsmaatstaf van ernstige verwijtbaarheid aan loopt, omdat die alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. Er lijkt uit te volgen dat een bestuurder van een vennootschap dus eerder aansprakelijk kan zijn tegenover derden dan tegenover de vennootschap, dat de externe aansprakelijkheid eerder kan intreden dan de interne aansprakelijkheid, omdat daar de mogelijkheid tot disculpatie vanwege de vereiste ernstige verwijtbaarheid groter lijkt. Het hof:

‘9. De door NOM gewraakte (verzwaarde) maatstaf van art. 2:9 BW heeft werking binnen de verhouding tussen enerzijds de bestuurder en anderzijds de door hem bestuurde rechtspersoon. Naar het oordeel van het hof bestaat er onvoldoende grondslag om de maatstaf van overeenkomstige toepassing te doen zijn op de verhouding tussen een bestuurder en een ander orgaan van de rechtspersoon (zoals bijvoorbeeld de AVA), en nog minder om, zoals de rechtbank heeft gedaan, de betreffende maatstaf mede van toepassing te achten op de verhouding tussen enerzijds de bestuurder en anderzijds een derde die geen

orgaan is van de rechtspersoon, zoals een individuele aandeelhouder gelijk NOM.'

Volgens annotator Groffen kan aan een derde die een bestuurder uit onrechtmatige daad aanspreekt niet de ingevolge artikel 2:9 BW vereiste ernstige verwijtbaarheid worden tegengeworpen. Tegelijkertijd is Groffen van mening dat een aandeelhouder anders dan het hof doet, niet gelijkgesteld kan worden met een derde en 'kleurt' artikel 9 de vordering van een aandeelhouder op grond van onrechtmatige daad jegens een bestuurder. Dat is ook de lijn die de Hoge Raad volgt. Ik citeer:

'In deze zaak gaat het echter niet om de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon die hij bestuurt, maar tegenover een individuele aandeelhouder. Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of de voormelde norm voor interne aansprakelijkheid overeenkomstig heeft te gelden wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in artikel 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.'

Duidelijke taal die, naar ik zou menen, niet alleen betrekking heeft op individuele aandeelhouders die de bestuurder van hun vennootschap wegens het tekortschieten in de bestuurstaak op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk stellen, maar tevens ziet op tegen bestuurders gerichte acties tot schadevergoeding die worden ingesteld door andere institutioneel betrokkenen dan individuele aandeelhouders. En daarmee ziet de rechtsoverweging ook op de situatie dat de vennootschap zelf op grond van artikel 6:162 BW haar bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur tot schadevergoeding aanspreekt. Dat laatste was overigens reeds uitgemaakt in HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma (Nutsbedrijf Westland).

In een volgende overweging uit het NOM-arrest zet de Hoge Raad ook de tweede stap en past de rechtsregel uit het arrest Berghuizer Papierfabriek toe op de onderhavige casuspositie. Nu Willemsen in strijd met een statutaire bepaling heeft gehandeld, is hij in beginsel aansprakelijk tegenover de individuele aandeelhouder, tenzij hij feiten en omstandigheden kan aanvoeren die maken dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepaling geen ernstig verwijt oplevert. Er is een kleine nuance. Bij de Berghuizer Papierfabriek diende het te gaan om statutaire bepalingen die beogen de vennootschap te beschermen, terwijl het in de NOM-zaak dient te

gaan om statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen. Dat laatste kan van belang zijn voor de verdere invulling van de bij artikel 2:138 (248) BW te hanteren aansprakelijkheidsmaatstaf. Hoe dat ook zij, het NOM-arrest geeft geen antwoord op de vraag hoe de zaken liggen als een derde-niet-institutioneel betrokkene op grond van onrechtmatig handelen in de uitoefening van de bestuursfunctie een vennootschapsbestuurder tot schadevergoeding aanspreekt.

## 5 De echte OD-actie

In eerste instantie was ik het hartgrondig eens met de hiervoor aangehaalde opmerking van Groffen dat een derde die een bestuurder uit hoofde van een onrechtmatige daad tot schadevergoeding aanspreekt niet tegengeworpen kan worden dat er geen sprake zou zijn van ernstige verwijtbaarheid. De derde staat immers buiten de rechtsbetrekking van bestuurders tot de rechtspersoon en de strenge aansprakelijkheidsmaatstaf die in die relatie door de wetgever en de Hoge Raad is aangelegd regardeert hem niet.<sup>26</sup> Als men, wat veel juristen doen, van *a contrario*-redeneringen houdt, lijkt de NOM-uitspraak van de Hoge Raad eveneens voeding te geven aan de juistheid van de gedachte, nu een derde anders dan de individuele aandeelhouder uit de NOM-zaak niet dezelfde zelfgekozen betrokkenheid bij de vennootschap heeft als de individuele aandeelhouder. Hij is in de meeste gevallen weliswaar crediteur van de vennootschap, maar dat crediteurschap hoeft niet noodzakelijk te zijn gegrond op een door hem met de vennootschap aangegane contractuele relatie. Als dat laatste überhaupt al voldoende zou zijn voor de door de Hoge Raad in het NOM-arrest bedoelde zelfgekozen betrokkenheid.

Toch lijkt dit niet het hele verhaal. Ik meen inmiddels dat de aangelegenheid een andere benadering verdient. Als een bestuurder in de uitoefening van zijn werkzaamheden onrechtmatig handelt en de bestuurder zou, daartoe door een derde-gelaedeerde aangesproken, de schade hebben vergoed, dan heeft die bestuurder in beginsel de mogelijkheid om de door hem betaalde, in de uitoefening van zijn bestuursfunctie veroorzaakte schade, op de rechtspersoon te verhalen. De rechtspersoon is draagplichtig, tenzij er sprake is van ernstige verwijtbaarheid in de zin van artikel 2:9 BW. Wat dat aangaat, komt ook op dit punt de rechtspositie van de bestuurder overeen met de arbeidsrechtelijke betrekking tussen werkgever en werknemer, vergelijk artikel 7:661 BW. Daar komt een ander aspect bij. Als een bestuurder in de uitoefening van zijn werkzaamheden onrechtmatig handelt jegens derden, hebben die derden in de regel niet alleen een claim op de bestuurder, maar ook op de rechtspersoon, hetzij omdat de onrechtmatige daad van de bestuurder aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, hetzij omdat de rechtspersoon als werkgever van de bestuurder kwalitatief aansprakelijk is, artikel 6:170 BW. Daarnaast kan de derde onder omstandigheden ook nog terugvallen op artikel 6:172 BW. Dat betekent dat in de praktijk derden die schade leiden door fouten van bestuurders in de uitoefening van hun bestuursfunctie in de regel hun schade zullen claimen bij

<sup>26</sup> Vergelijk ook mijn commentaar uit 2005 in *Rechtspersonen* (losbl.) art. 9, aant. 14.

de rechtspersoon. Zie ik het goed, dan wordt eigenlijk alleen rechtstreeks onder bestuurders geclaimd in de gevallen dat de rechtspersoon geen verhaal voor de vordering biedt, meestal dus in geval van faillissement van de rechtspersoon. Normaal gesproken maakt het voor bestuurders weinig verschil of zij zelf dan wel de rechtspersoon door een derde wordt aangesproken. De bestuurders kunnen de schade immers afwentelen op de rechtspersoon. Aldus beschouwd, zou het dus ook niet bezwaarlijk zijn wanneer de aansprakelijkheidslat tegenover derden lager zou liggen dan tegenover de rechtspersoon. Wanneer men echter bedenkt dat derden alleen in gevallen van insolventie van de rechtspersoon bij de bestuurders aankloppen, kan de uitkomst mijns inziens niet anders zijn dan dat de maatstaf voor de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover derden identiek moet zijn aan de aansprakelijkheidsmaatstaf tegenover de rechtspersoon. Zou men dat niet aannemen, dan zouden de bestuurders, eenmaal de door derden geleden onrechtmatigedaadschade vergoed hebbend, regres of verhaal kunnen nemen op de vennootschap, maar daarmee dan tegelijkertijd veel meer dan bij gelijke invulling van de externe en interne aansprakelijkheid het insolventierisico van de vennootschap hebben te dragen. Het is voor mij zeer de vraag of dat laatste aanvaardbaar is. Bij werknemers nemen we zulks voor zover mij bekend niet aan en ik zou hetzelfde voor bestuurders van rechtspersonen willen bepleiten. Dat betekent in mijn ogen dat de ernstige verwijtbaarheid van artikel 2:9 BW en het persoonlijk voldoende ernstig verwijt van artikel 6:162 BW op dezelfde manier dienen te worden ingevuld. Het grote verschil tussen beide vormen van bestuurdersaansprakelijkheid zit hem dan voornamelijk in de collegiale verantwoordelijkheid van de bestuurders tegenover de rechtspersoon, die bij aansprakelijkheid tegenover derden op grond van onrechtmatige daad ontbreekt. Vandaar – het loopt mooi rond – *persoonlijk* voldoende ernstig verwijt in het arrest Driespan.

Kan in dit verband ook de tweede stap uit het NOM-arrest worden gezet? Ik zou menen dat daar eigenlijk weinig bezwaar tegen bestaat. Indien een bestuurder in de uitoefening van zijn werkzaamheden fouten maakt, waardoor een derde schade leidt, dient die derde in beginsel te bewijzen dat er sprake is van een voldoende ernstig verwijt, waarbij – opnieuw – alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Als de bestuurder in zijn handelen een wettelijke of statutaire norm heeft overtreden die het belang van de desbetreffende crediteur beoogt te beschermen, dan lijkt de bestuurder mij in beginsel aansprakelijk, tenzij hij kan uitleggen waarom het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming de overtreding van de norm rechtvaardigde. Dat is een belangrijke constatering, omdat veel voorschriften van Boek 2 BW, waaronder in het bijzonder het kapitaalbeschermingsrecht in belangrijke mate zijn geschreven ter bescherming van de crediteuren. Dit is ook een van de redenen waarom ik kritisch sta tegenover het ingrijpend snijden in de kapitaalbeschermingsvoorschriften in de BV-Flexwet.<sup>27</sup> Neem nu artikel 2:207c BW. Tegen de achtergrond van het zojuist geschrevene staat een crediteur die schade heeft geleden door schending van het verbod op zelffinanciering betrekkelijk sterk in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure tegen de bij de transactie

27 Kamerstukken 31 085.

betrokken bestuurders. Dat wordt radicaal anders onder het nieuwe recht, omdat bij het schrappen van de bepaling niet veel meer overblijft dan de ernstige verwijtnorm uit het Driespan-arrest. Een schadevergoeding vorderende crediteur komt een vorderingsrecht gebaseerd op Berghuizer Papierfabriek niet toe. Dat lijkt mij een verslechtering.

## 6 Artikel 2:138 (248) BW

Over het rechtskarakter van de WBF-aansprakelijkheid wordt, zoals hiervoor aangegeven, verschillend gedacht. De discussie is – ongewild? – weer nieuw leven ingeblazen door het Voorontwerp Insolventierecht van de commissie-Kortmann. Zoals bekend, wordt de WBF-bepaling in dat voorstel verplaatst naar een Insolventiewet. In de toelichting geeft de commissie aan dat zij met de handhaving van de terminologie van het huidige artikel 2:138 (248) BW (kennelijk onbehoorlijke *taakvervulling*) tot uitdrukking wil brengen dat het gaat om een vorm van interne aansprakelijkheid. Ik verwijs hiervoor verder naar mijn bijdrage in de Ars Aequibundel over het Voorontwerp Insolventierecht.<sup>28</sup>

Hoe dit verder ook zij, indien men met mij van mening is dat de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW voor bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen niet van elkaar verschillen, volgt daar vanzelf uit – welke opvatting men ook aanhangt ten aanzien van het rechtskarakter van de WBF-vordering – dat diezelfde maatstaf ook gehanteerd dient te worden bij de invulling van de in het eerste lid van artikel 2:138 (248) BW vervatte norm kennelijk onbehoorlijk bestuur. In de lagere rechtspraak gebeurt dat ook. Zojuist noemde ik artikel 2:207c BW. In dat verband verwijs ik naar een beslissing over die bepaling van Rechtbank Amsterdam.<sup>29</sup> De schadevergoedingsactie van de faillissementscurator tegen de vennootschapsbestuurders wegens overtreding van het leningsverbod van artikel 2:207c lid 2 BW moest uiteindelijk stranden, omdat de rechtbank van oordeel was dat de vennootschap over voldoende vrije reserves beschikte. Het vonnis is in mijn ogen echter vooral interessant, omdat de rechtbank in haar redenering, die uitmond in afwijzing van de claim van de curator, geen nader onderscheid maakt naar de juridische grondslag van de vordering. Zie ik het goed, dan worden de vorderingen gebaseerd op artikel 2:248 BW respectievelijk artikel 2:9 BW en 6:162 BW eigenlijk op dezelfde wijze afgewezen. Ik denk dat als de vennootschap niet over voldoende vrije reserves had beschikt, de claim op basis van artikel 2:248 BW in combinatie met de overtreding van artikel 2:207c lid 2 BW (opnieuw: de Berghuizer Papierfabriek) zou zijn toegewezen. Aan de twee andere door de curator aangevoerde aansprakelijkheidsgrondslagen was de rechtbank dan niet toegekomen. Waar het maar om gaat, is dat de invulling van de ernstige verwijtbaarheid van artikel 2:9 BW door de rechter wat de aansprakelijkheidsmaatstaf betreft rechtstreeks kan worden los-

28 Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid, in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, J.H. Verdonschot (red.), Het Voorontwerp Insolventierecht nader beschouwd, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 203 e.v.

29 Rb. Amsterdam 27 september 2006, JOR 2007/3.

gelaten op de WBF-vordering en dat daarvoor niet relevant is of deze vordering als een vorm van interne dan wel externe aansprakelijkheid moet worden beschouwd.

## 7 Afronding

Ik rond af. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat de vorderingen ex artikel 2:9 BW, artikel 2:138 (248) BW en artikel 6:162 BW als het gaat om aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor door hen begane ongerechtigheden niet een pot nat zijn. Daarvoor verschillen de juridische grondslagen van de verschillende vorderingen en de posities van de eisende partijen (rechtspersoon respectievelijk faillissementscurator en individuele schuldeisers) te veel van elkaar. Daar gaat het in deze bijdrage echter niet over. Ik heb mij proberen te beperken tot de invulling van de aansprakelijkheidsmaatstaf: welke verwijtbaarheid is vereist om een bestuurder tot schadevergoeding te kunnen veroordelen. Naar mijn overtuiging valt die vraag niet te beantwoorden door analyse van rechtspraak. In rechtspraak gaat het om Einzelfallgerechtigtheit; de omstandigheden spelen – en moeten volgens de Hoge Raad ook spelen! – een belangrijke rol. Bovendien, rechtspraak is mensenwerk. Iedere rechter formuleert – gelukkig – op eigen wijze. Als juridische auteurs daar ter vergelijking van de uitspraken ook nog eens hun eigen interpretatie bovenop leggen, wordt het mijns inziens allemaal erg diffuus. Niettemin is duidelijk dat de lat voor bestuurdersaansprakelijkheid in alle drie besproken vorderingen hoog ligt. Terecht, de Hoge Raad heeft dat fraai uiteengezet in de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging uit het NOM-arrest. In deze bijdrage heb ik gepoogd via een andere insteek aan te tonen dat de vereiste verwijtbaarheid om tot aansprakelijkheid van bestuurders te kunnen komen wel gelijk moet zijn. Dat bij de hantering van externe aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW een lichtere verwijtbaarheid voldoende zou zijn, leidt mijns inziens tot een onaanvaardbare verslechtering van de positie van de bestuurder. Net als ten aanzien van werknemers gaat het niet aan dat zij in belangrijke mate het insolventierisico van de door hen bestuurde rechtspersoon zouden moeten dragen.